

内縁の死亡解消における財産の清算(2・完)

La protection du concubine survivant (2)

古川 璦子

FURUKAWA, Yoko

I はじめに

II 内縁と準婚理論

1. 婚姻予約理論と準婚理論

2. 内縁の成立と法的効果

III 婚姻および内縁の解消における財産の清算

1. 夫婦間の財産関係

2. 離別解消と財産関係の清算

3. 死別解消と財産関係の清算

4. 小括

IV 相続法上の内縁配偶者の地位に関する沿革

1. 沿革

2. 小括(以上、31号)

V 内縁の死別解消による財産の清算の判例・裁判例

VI 内縁の死別解消における財産の清算についての学説

VII おわりに(以上、本号)

V 内縁の死別解消による財産の清算の判例・裁判例

内縁の死別解消の場合に生存内縁配偶者の財産上の保護がどのようになされてきたのか、以下、A. 配偶者相続規定類推適用アプローチ、B. 遺贈・贈与による財産分与アプローチ、C. 財産分与規定類推適用アプローチ、D. 共有規定アプローチに分けて主な判例・裁判例を検討する。

1. 主な判例・裁判例

A. 配偶者相続規定類推適用アプローチ

(1) 相続権を認めた判例

大決昭和3年3月24日新聞2852号12頁〔判例①〕は、A(死亡内縁配偶者)とX(生存内縁配偶者)は13年近く夫婦同様の生活をし、養子縁組みの届出をしないまま子を養育してきたところ、Aが突然死亡した。家督相続の選定において、Xより先順位にある他家にあって音信不通の状態にあるAの実姉Bおよびその子Cに対しての家督相続人不選定許可申請が却下されたことに対して、それを不服としてXが抗告した事案である。

大審院は、「B又ハCヲシテAノ家督相続ヲ為サシムルヨリモ、Xヲシテ其ノ相続ヲ為サシムル方遥ニ適當」とし、他家にあり、音信不通の状態にあるAの実姉Bより、Aの業務を助け家産を蓄積したXを家督相続人の選定に優先的に選任するのが適当とした。

(2) 配偶者相続規定の類推適用を認めてない主な裁判例

仙台家審昭和30年5月18日家月7巻7号41頁〔裁判例②〕は、A(死亡内縁配偶者)とX(生存内縁配偶者)は昭和23年に離婚したが、二人は離婚後も内縁関係を継続し、XはAが死亡に至るまで実質上の妻として内助の功を尽していた。また、AもXの将来の生活を考慮して、X名義で甲営業許可を受けてくれたため、Xは甲業を営んできた。Aの死後、Xは相続人間の遺産分割の申立に参加人として参加し、相続人に対し、甲営業権がXに属することの確認を求めると共に、これが認められないときは遺産の三分の一にあたる200万円の分与を求めた事案である。

仙台家審は、「被相続人の死亡の際には、前記の如く離婚し配偶者でないからA死亡による遺産相続権はなく、従って遺産600万円としその三分の一に当たる200万円の支払いを求めている参加人の本件遺産分割の申立は不適法であることが明らかであって却下を免れないし尚甲営業権の確認等を求める申立については家庭裁判所は審判権を持たないから不適法として却下」とし、Xは配偶者でないから相続権はないとして200万円の遺産分割請求は認められないとした。

B. 遺贈・贈与による財産分与アプローチ

(1) 遺産の一部を分与することを認めた主な裁判例

東京家審昭和34年9月14日家月11巻12号109頁〔裁判例③〕は、X(生存内縁配偶者)とA(死亡内縁配偶者)は同棲していたが、Aが昭和24年12月に遺言を残して死亡した。そのAの遺言は形式の不備のため正式ではなく、有効でない取り扱いとなったが、Xの分だけは遺言趣旨に則り分割方針を定めることについては、全相続人が一致していた。遺産分割審判において、Xは何らかの理由によって遺産の一部に対して権利を有するため遺産分割の申立に分割協議に参加人として審判手続に参加した事案である。

東京家裁は、「遺言書は法定の様式を備えないため、法律的には無効とされてもやむを得ない。しかし、関係者との間では遺言の無効であることについて争わないとしても、遺言趣旨に則り分割方針を定めることについては全相続人一致しているわけである。……現行法上内妻には相続権が認められ

ていないので、法律上は遺産分割にあずかり得ないこと勿論であるが、前述したようにXに対して第二項（二）掲記の家屋の贈与契約が成立しているものと認められるので、Xに右家屋を取得せしめる」とし、AのXへの家屋の贈与契約が成立していることをと認められた。また、Xは、「相続人でも又受遺者でもないが、何らかの理由によって、遺産の一部に対して権利を有する場合には、審判手続に参加することができるのは家事審判規則第14条の予定するところであり」とし、Xに遺産分割協議に参加人として参加することを認めている。他に、最判昭和39年5月26日民集18巻4号667頁は、死亡内縁配偶者が入院中に所有不動産を生存内縁配偶者に贈与していたが、その際、不動産の契約書とともに実印を交付していたことによって、簡易の引渡による不動産の占有移転が行われたものとして贈与の履行が完了しているとして贈与契約を認めているものがある。

上記の裁判例②のように、生存内縁配偶者に配偶者相続権が認められないとすると、死亡内縁配偶者が遺贈や生前贈与をしていない限り、一方の内縁配偶者の死亡後に、内縁双方が内縁中に協力して形成した財産を生存内縁配偶者に分配することが非常に困難になることがあり、結果的に不合理になることがある。その不都合の解消をするために、判例・裁判例によって様々なアプローチを試みられ、民法768条財産分与規定の類推適用による裁判例、あるいは共有規定による判例・裁判例等が現れてきた。以下、C. 財産分与規定類推適用アプローチ、D. 共有規定アプローチを紹介し検討する。

C. 財産分与規定類推適用アプローチ

(1) 財産分与規定の類推適用を肯定した主な裁判例

大阪家審昭和58年3月23日家月36巻6号51頁〔裁判例④〕は、X（生存内縁配偶者）とA（死亡内縁配偶者）が挙式し30年間に渡って同居していたが、その間、XはAの診療所の窓口事務・調剤・外科手術等を手伝い助けてきた。また、XはAの入院中および自宅療養ではAの身の回りの世話や食事の世話などしてきた。しかし、Aが最後に入院した時にはXとの婚姻届を人に依頼しているが未了のままとなっている。Aが病死したため、Xが相続人Yらに対して財産分与を申し立てた事案である。

大阪家裁は、「財産分与の本質が夫婦共有財産の清算性を中核とするものと解する限りでは、生前における解消と死亡による解消を区別する合理的理由に乏しいこと、財産分与に対応すべき義務（一身専属性のものは除く）の相続性は認められるべきであること等からすれば、この場合その相続人の相手方とする財産分与を肯定すべきであると考え。然して財産分与に関する民法768条における財産分与請求の要件たる『離婚』も前記財産分与の本質からする限りで、その清算の契機はその身分変動そのものに意味があるのではなく、右身分変動に必然的に伴う夫婦共有財産の形成母体たる夫婦共同体の解体にこそその実質的根拠を求め得べきものであることは明らかであるというべきであるから、だとすれば夫婦共同体の解体の一場合たる死亡による内縁関係の解消の場合にも右同条の類推適用を認められるべきであり、従って又家事審判法（同法9条）の適用も認められるべきであると解するを

相当とする。かく解したにせよ内縁関係をより以上に保護するものというに当たらず、むしろ生前解消によって求め得たところのものを、終生協力関係にあった死亡による場合においてこれを失わせしめることの合理的理由は見出し難く、漫然その相手方の相続人にこれを全て取得せしめることは、不当に利得せしめるものとして公平の観念からも、到底許容し難いものという外なく『片手落ち』のそしりを免れない。そうして、又この場合包括財産の分配たる方法による財産分与の制度に依らしめ、審判手続きに依らしむのが实际的であろう」とし、内縁の死別解消の財産の清算に、XのYらに対する財産分与請求権を認めた。

他に、内縁者の一方の死亡後約10年を経過した後、生存内縁配偶者が死亡内縁配偶者の相続人を相手方として財産分与を求めた事案である大阪家裁平成元年7月31日家月42巻7号47頁は、内縁の死別解消における財産の清算について、民法768条の類推適用により死亡内縁者の相続人に対して財産分与が請求することができるが、同条2項ただし書により、財産分与の請求は、一方の内縁者の死亡のときから二年間に限られるとして生存内縁配偶者の申立を却下したものがある。

(2) 財産分与規定の類推適用を否定した主な判例

最決平成12年3月10日民集54巻3号1040頁〔判例⑤〕は、A(死亡内縁配偶者)とX(生存内縁配偶者)の内縁関係は26年に及ぶが、同居は7、8年間であり、かつAは週末には娘の所に戻るといふ生活であった。Xの生活費を負担していたAが肺炎・肺気腫・結核等で入退院を繰り返すことになり、その間、Xは病院内で夕食を調理するなどしてAの身の回りを助け、Aから300万円の贈与を受けていた。しかし、Xの要望である入籍についてはAは応じていない。XはAの死亡の際には葬儀に親族の一員として参列した。Aの死亡によりXが相続人Yらに対してAの遺産につき財産分与規定を類推適用して内縁中の財産の清算として1千万円の支払いを申し立てた事案である。

最高裁は、「内縁の夫婦の一方の死亡により内縁関係が解消した場合に、法律上の夫婦の離婚に伴う財産分与に関する民法768条の規定を類推適用することはできないと解するのが相当である。民法は、法律上の夫婦の婚姻解消時における財産関係の清算及び婚姻解消後の扶養については、離婚による解消と当事者の一方の死亡による解消とを区別し、前者の場合には財産分与の方法を用意し、後者の場合には相続により財産を承継させることでこれを処理するものとしている。このことにかんがみると、内縁の夫婦について、離別による内縁解消の場合に民法の財産分与の規定を類推適用することは、準婚的法律関係の保護に適するものとしてその合理性を承認し得るとしても、死亡による内縁解消のときに、相続を開始した遺産につき財産分与の法理による遺産清算の道を開くことは、相続による財産承継の構造の中に異質の契機を持ち込むもので、法の予定しないことである。また、死亡した内縁配偶者の扶養義務が遺産の負担となってその相続人に承継されると解する余地もない。したがって、生存内縁配偶者が死亡内縁配偶者の相続人に対して清算的要素及び扶養的要素を含む財産分与請求権を有するものと解することはできない」とし、Yらに対するXの財産分与による1千万円の支払

請求を棄却した。

他に、内縁の死別解消における財産の清算に財産分与請求を否定した大阪高決平成4年2月20日家月45巻1号12頁等がある。

D. 共有規定アプローチ

共有規定の適用を認めた判例・裁判例では、(1) 財産法上の民法250条共有規定を適用したものと、(2) 家族法上の夫婦財産制の規定である民法762条2項を類推適用したものがある。

(1) 民法250条の共有を認めた裁判例

最判平成10年2月26日民集52巻1号255頁【判例⑥】は、A（死亡内縁配偶者）とY（生存内縁配偶者）は、楽器指導盤の製造販売業を共同で営み、甲不動産を居住および事業のために共同で使用していた。Aの死亡後、甲不動産がAの子である相続人Xが相続により取得されていたが、Yは甲不動産を居住および事業のために単独で占有・使用していた。なお、別訴で甲不動産はAとYの各二分の一の共有財産であることが確定されている。XはYが自己の持分を超えて甲不動産全体を使用収益し、不当に利得しているとして、賃料相当額の2分の1の支払を求める事案である。

最高裁は、「共有者は、共有物につき持分に応じた使用をすることができるにとどまり、他の共有者との協議を経ずに当然に共有物を単独で使用する権限を有するものではない。しかし、共有者間の合意により共有者の一人が共有物を単独で使用する旨を定めた場合には、右合意により単独使用を認められた共有者は、右合意が変更され、又は共有関係が解消されるまでの間は、共有物を単独で使用するができ、右使用による利益について他の共有者に対して不当利得返還義務を負わないものと解される。そして、内縁の夫婦がその共有する不動産を居住又は共同事業のために共同で使用していたときは、特段の事情がない限り、両者において、その一方が死亡した後は他方が右不動産を単独で使用する旨の合意が成立していたものと推認するのが相当である」として、YにXと共有となる甲不動産を無償かつ単独で占有使用することを認めた。

他に、大阪高判昭和57年11月30日判タ489号65頁、名古屋高判昭和58年6月15日508号11頁がある。

(2) 民法762条2項の類推適用を認めた裁判例

東京地判平成4年1月31日判タ793号223頁【裁判例⑦】は、A（死亡内縁配偶者）には、離婚した妻とそのもとにいる二人の子供（相続人 X_1 ・ X_2 ）がいたが、Y（生存内縁配偶者）と第一建物に入居し生活をしていた。その間、第二建物（賃貸マンション）をAとYの資金で建築した。しかし、Aが入退院を繰り返したため、YはAが死亡するまで世話をした。第二建物については、Yの退職金等の2150万円とAの手持ち資金と借入金（Yが連帯保証人）で建設したもので、名義はAになっていた。Aの死亡後、Aの相続人 X_1 がYに対して第一建物の土地建物明渡請求（甲事件）をした。これに対し、Yは、相続人からする明渡請求は権利の濫用であると抗弁し、さらに、Yは、 X_1 と X_2 に対して主位

的請求として離婚に関する民法768条類推適用による財産分与として第二建物の2分の1の持分をYに帰属せしめること、予備的請求として民法762条2項・250条により第二建物の2分の1の持分権を認められるべきであり、残りの2分の1は死因贈与がなされたとして第二建物の所有権移転登記等を請求した(乙事件)ものである。

東京地裁は、第二建物の所有権移転登記等請求については、財産分与規定を類推適用することは現行法体系を崩すことになるとして排斥したが、予備的請求の第二建物については、「婚姻中夫婦双方が資金を負担し、その資金によって夫婦の共同生活の経済的基礎を構成する財産として不動産を取得し、しかも右不動産の取得につき夫婦が一体として互いに協力・寄与したものと評価し得る場合には、民法762条2項により、右不動産は、たとえその登記簿上の名義を夫にしていたとしても、夫婦間においてこれを夫の特有財産とする旨の特段の合意がない以上、夫婦の共有財産として同人らに帰属するものと解するのが相当である(…内縁配偶者は、相続人ではないので、遺産分割の調停又は審判の申立はできないが、このような紛争は、家庭に関する事件といえるから、本来調停前置主義(家事審判法18条)により、まず一般調停(同法17条)の申立てを家庭裁判所にすべきもの)」とし、内縁中に内縁者双方が協力して形成した財産について民法762条2項・250条による共有を認め、第二建物の支払うべき総額に対する生存内縁配偶者の出した金額の割合、すなわち1億2380万円に対する2150万円の割合(1万分の1763)の共有持分がYにあるとした。また、内縁の共有財産の清算について、家庭に関する事件として、家庭裁判所に一般調停(家事審判法17条)の申立てができる可能性を示唆した。

2. 判例・裁判例の検討

明治民法時代に、家督相続の相続権を積極的に判断した判例①があるが、以後、配偶者相続規定の類推適用を認めた判例・裁判例はみあたらない。配偶者相続規定の類推適用が認められていない裁判例②は、配偶者相続規定が類推適用できるかどうかの判断もなく、内縁配偶者が民法890条に規定される「配偶者」でないことを理由に相続権を認めていない。また、裁判例③は、不動産の贈与契約が成立していると認定し、生存内縁配偶者に遺産の一部を取得させているが、法定の方式によらない遺言書を共同相続人が尊重したという特別な事情が存在していたものであるが、実務においてかなり柔軟な扱いをしていた事例である。したがって、正式な手続において遺贈あるいは死因贈与がなされた場合、遺産の一部を生存内縁配偶者に分与することは法律上問題がないと考えられる。

次に、内縁の死別解消における財産の清算において、離婚の際の財産分与規定を類推適用することに対して裁判例④は認めている。その理由は、内縁の死別解消につき財産分与規定により財産の清算を求め得たにもかかわらず、終生協力関係にあった内縁の死別解消において、財産分与規定の類推適用をし得ない合理的理由は見出し難く、死亡内縁配偶者の相続人に、内縁中に内縁者双方が協力して得た財産の全てを取得せしめることは、その相続人において不当利得を生じさせるためであるとする。

しかし、判例⑤は、内縁の死別解消における財産の清算に財産分与規定を類推適用することを否定している。その理由は、民法が婚姻解消の財産関係の清算および婚姻解消後の扶養については、離婚と死別解消とを区別し、前者の場合には財産分与の方法を用意し、後者の場合には相続により財産を承継させることでこれを処理するため、内縁の死別解消の場合に財産分与規定を類推適用することは合理性があるが、内縁の死別解消のときに、相続を開始した遺産に財産分与により遺産清算することは、相続による財産承継に異質の契機を持ち込み、法の予定しないことであるとする。なお、この事案の場合、結果的には共同生活の継続期間とその財産形成への寄与の程度から、死亡前に贈与された300万円の財産の分配で妥当であると考え得る。

内縁の死別解消における財産の清算に共有規定を適用することについては、判例⑥は、当該不動産について、民法250条の共有規定の適用により、死亡内縁配偶者と生存内縁配偶者の共有を認め、死亡内縁配偶者の相続人とその共有にかかる当該不動産を無償かつ単独で使用することを生存内縁配偶者に認めた。この判例について「内縁夫婦には相続権がないため、二人が共同生活中に協力して形成しながらその一方が名義になっている財産を名義人の相続として協力寄与の清算にあたることができず、残された保護策は財産分与規定の類推か共有関係の肯定であるところ、本件判決は後者の道を選択することを、間接的に明らかにした」¹⁵⁴とする見解がある。しかしながら、当該不動産が共有と認められるためには、内縁者双方が不動産を購入するために出資金を出している必要があり、この事案では、事業を共同経営していたという状況から、内縁者双方が出資していたことが認められ当該不動産が共有と認められたと考える。このように内縁中に共同出資している場合は、内縁者双方の共有とされ、実際のそれぞれの出資額に応じて共有割合が計算されることになる。しかし、主婦婚の場合のように、内縁者の一方が出資金を捻出していない場合は財産法の共有規定では、共有とは認められない可能性が高い。

その点、裁判例⑦は、民法762条2項の類推適用および、民法250条共有規定により、内縁中に取得した当該不動産について生存内縁配偶者と死亡内縁配偶者の共有を認めている。このような判断に対して、「離婚の場合の財産分与の準用も認められないとすれば、潜在的持分の清算は財産法の一般法理によって行うほかないが、本判決が『第二建物』につき、総工費のうちYの出捐額の割合だけの共有持分を認めたのは『夫婦の財産の清算（相互の協力、寄与）』の要素を考慮したもので…財産法の一般法理を超えるものがある」¹⁵⁵との解説がある。この事案は、当該不動産は生存内縁配偶者の自己資金と死亡内縁配偶者の自己資金および借入金で建てたものであるため、民法762条2項の類推適用・民法250条により不動産を共有として認めているが、出資する財力を持たない内縁の主婦婚の場合にどのようなになるかは不明である。しかし、民法762条2項を類推適用することが認められるとすれば、

¹⁵⁴ 右近健男「内縁夫婦による共有不動産の一方の死亡後の利用関係」セレクト21頁（1980年）。

¹⁵⁵ 東京地判平成4年1月31日判タ793号225頁。

内縁の主婦婚の場合に実際に出資する金銭がない場合でも、家事という方法にせよ内縁者双方が協力して形成した財産については、共有となり内縁者双方に帰属するため、生存内縁配偶者の潜在的な持分が認められる可能性が大きいと考え得る。

VI 内縁の死別解消における財産の清算についての学説

1. 学説

内縁の死別解消における財産の清算についての学説は、生存内縁配偶者に相続権を認めるとするA. 配偶者相続規定類推適用積極説、およびB. 折衷説、さらに生存内縁配偶者に相続権を認められないとするC. 配偶者相続規定類推適用消極説に分かれる。

A. 配偶者相続規定類推適用積極説

配偶者相続規定類推適用積極説¹⁵⁶は、内縁を準婚関係として理解し配偶者相続権を積極的に認める見解である。「遺産相続制度は、専ら被相続人の配偶者及び直系卑属の将来における生存を担保するにある。…内縁当事者は相互に扶養義務を負い、当事者の財産は相互に相手方生存を担保する。そうしてみれば、当事者の一方死亡するも、その死亡当事者の遺産は尚生存当事者の将来における生存の担保として認められるべきである」¹⁵⁷とし、旧法時代の遺産相続の場合について相続権を認めている。現行民法での配偶者相続規定の内容は夫婦財産の清算および扶養とされるが、この説では、配偶者相続権の内容は扶養・生活保障であるとする。

B. 折衷説

折衷説は、相続権を認めることについて消極説をとりながらも、「ある程度以上、はっきりした内縁配偶者には、配偶者相続権を認め、取引の安全は、別にこれを考慮する(権利外観理論等を用いる)ことも不可能であるまい」¹⁵⁸として限定的に配偶者相続権を認めるとする。東京家審昭和31年7月25日家月9巻10号38頁は、内縁の離別解消の事案であるが、傍論で、「内縁を括一的に考察せず或る種の内縁については財産分与請求権は勿論のこと相続権も認め、又或る種の内縁について相続権は勿論のこと財産分与請求権も認めないというように内縁を段階的に考察する」として、財産分与請求権および相続権も認めるものと相続権および財産分与請求権も認めないものと段階的に分けるとする。しかし、「内縁の定義に従ってある男女の関係を内縁と認めるか純粋な意味における婚姻予約と認めるかはそれとも単なる野合に過ぎないものと認めるかの認定問題であり、内縁をもって婚姻の実質を具

¹⁵⁶ 杉之原舜一「法律関係としての内縁(2)」法時11巻3号24頁(1939年)。

¹⁵⁷ 杉之原・前掲注(156)24頁。

¹⁵⁸ 鈴木・前掲注(24)7頁。

備した事実上夫婦と同様の関係と定義するかぎり蛇足の感がある」¹⁵⁹とする批判がある。

C. 配偶者相続規定類推適用消極説

内縁配偶者に配偶者相続規定を類推適用することへの消極的な見解は多数あるが¹⁶⁰、その理由は、微妙に違いがあり大きく4つに分けることができるとする¹⁶¹。第一に、明治民法制定以来、戸籍上の届出を婚姻の不可欠の要件とする「法律婚主義による婚姻の統制」¹⁶²の要請から、「近代社会の政治的・倫理的な要請である一夫一婦制を確保するため、公示された婚姻についてのみ特別な法律上の権利義務を認めることによって法律上の婚姻の統制する必要がある、それ故公示がなされていない婚姻つまり内縁に相続権」¹⁶³を認めないとする。

第二に、「資本主義的私的所有権の相続制が要求する相続人の明確化と政治的及び倫理的な要求の実現を期する届出による婚姻の統制の必要が結びついて、届出を前提とする法律婚主義」¹⁶⁴が盤石なものになった。つまり、届出のある婚姻を規準として、とりわけ配偶者相続権の帰属を決定するというシステムの成立、相続により誰に承継されるのかという「相続人の明確化」が求められることによって、婚姻の届出により婚姻を公示することで配偶者である相続人を明確にされること期待されている。したがって、婚姻の届出をしていない内縁配偶者達は、その存在が不明確であるため、配偶者相続権は認められないとする¹⁶⁵。

第三に、「相続関係における画一性の要請」¹⁶⁶があり、生存内縁配偶者に相続権を認めないとする。つまり、相続の法律関係は、相続人間や被相続人の債権者との財産関係にとって、相続関係の安全性と確実性を必要とするため、婚姻の届出をし、婚姻の公示がある配偶者に相続権を与えるという形式的で画一的な処置が必要であるとする¹⁶⁷。

第四に、内縁の準婚事実の立証が、極めて困難であり、煩瑣であるからであるとし、さらに、男女の共同生活関係が、どれだけ継続したら準婚と見るかの内縁成立の基準が立て難いため、内縁者は民法890条に規定される配偶者に含まれないとし、配偶者相続規定の類推適用は認められないとする¹⁶⁸。

しかし、相続人の明確化については内縁問題の場合にだけ相続人の明確さが欠けているわけではなく、

¹⁵⁹ 市川四郎「財産分与請求」谷口知平＝有泉亨編『総合判例研究叢書民法3』101頁（有斐閣、1959年）。

¹⁶⁰ 我妻・前掲注（1）205頁、浅井・前掲注（22）333頁以下、中川＝泉・前掲注（22）129頁、仁平・前掲注（22）151頁（1985年）。

¹⁶¹ 中川＝泉編・前掲注（107）〔中川良延〕279頁。

¹⁶² 浅井・前掲注（22）335頁。

¹⁶³ 中川＝泉編・前掲注（107）〔中川良延〕279頁。

¹⁶⁴ 浅井・前掲注（22）335頁。

¹⁶⁵ 浅井・前掲注（22）333～334頁。

¹⁶⁶ 我妻・前掲注（1）205頁。

¹⁶⁷ 島津一郎「家族法入門」72頁（有斐閣、1964年）。

¹⁶⁸ 中川＝泉・前掲注（22）129頁。

被相続人の生前贈与や遺言がある場合には、相続財産がだれにどのように帰属するかは外部から見て明白であるともいえず、内縁の問題にのみ、相続の明確化や相続人の画一化の要請を持ち出すのは説得性に欠けるとする¹⁶⁹。また、「相続関係の画一的処理の要請を否定の根拠として挙げている点に對し、いかなる法律構成を用いようとも、内縁配偶者に何らかの権利を認める限りはそれ自体相続人や相続債権者にとって重大な利害関係を有するから、相続関係の画一的処理の要請は必ずしも貫徹されないことになる」¹⁷⁰といった批判がなされている。加えて、内縁関係という事実の立証の困難さは、内縁における他の問題でも生じることであり、「これらの学説は、理由はともあれ、どんな内縁でも結局届出がないということだけで、これに配偶者相続権を与えることを拒否しているわけである」¹⁷¹という見解がある。

ただ、ここで注意を要するのは、配偶者相続規定類推適用消極説の立場は、内縁配偶者に配偶者相続規定を類推適用することは否定的だが、生存内縁配偶者に死亡内縁配偶者の遺産を分配することについての理論構成の必要性については否定しておらず、別の法理による財産の清算が試みられていることである。

以下では、それらの試みであるC-① 民法250条共有説、C-② 不当利得返還請求権説、C-③ 扶養請求説、C-④ 財産分与類推適用説、C-⑤ 民法762条2項類推適用・民法250条説を検討する。

C-① 民法250条共有説

民法250条共有説は、内縁者双方が内縁中に共同で取得した財産につき、これを民法250条規定による共有であるとし、生存内縁配偶者の持分を相続財産から除外し、民法256条規定により共有物分割を試みる¹⁷²。この説では、内縁者双方の共同での事業経営に実態がある場合やお互いの収入で生計を維持してきた実態がある場合、各自の出捐額に応じて共有持分の清算をすることを基礎とする。そのため、単なる主婦婚の場合に、その内縁中の財産について、生存内縁配偶者の家事労働等の協力・寄与があったとしても、共有と認められるのかは不明である¹⁷³。さらに、共有物分割手続きは、家庭裁判所で審判ができる遺産分割や財産分与のように夫婦の実情が考慮されることがない通常の民事訴訟によることになる。

¹⁶⁹ 二宮・前掲注(45) 174頁。

¹⁷⁰ 仁平・前掲注(22) 155頁。

¹⁷¹ 中川＝泉編・前掲注(107)〔中川良延〕280頁。

¹⁷² 大津千明「内縁の解消」村重慶一編『現代裁判法体系10』133～135頁(新日本法規出版、1998年)、大村・前掲注(20) 231頁。

¹⁷³ 二宮・前掲注(45) 199頁。

C-② 不当利得返還請求権説

不当利得返還請求権説¹⁷⁴は、民法703条以下に規定される不当利得返還請求権によって、生存内縁配偶者の通常の家事労働を超えた労務提供により相続財産が維持され、または増加したような場合に、死亡内縁配偶者に受益があるとして、受益に該当する分の不当利得返還を認め相続財産から除外する見解であるが、内縁についてこの説を適用した裁判例はない。しかし、「受益者たる被相続人の悪意・善意によって返還すなわち除外の程度が異なることのほか、受益分の算定方式が困難であること、本来訴訟事項である不当利得返還請求を審判手続きで処理しうるかという問題点がある」¹⁷⁵とする。不当利得返還請求権説は、生存内縁配偶者の通常の家事労働を超えた協力・寄与により相続財産が増加したような場合には、死亡内縁配偶者に受益があるとして、その受益分の不当利得返還を認める。したがって、生存内縁配偶者の内縁カップル財産について通常の家事労働を超えた協力・寄与によりその財産の増加がみられない限り、死亡内縁配偶者に受益分があるとして、その受益分の不当利得返還請求は認められないであろう。

C-③ 扶養請求説

扶養請求説は、「わが国では内縁配偶者が相続権を持たぬということを対比して考えるときは、当然に内縁の生存配偶者に対する死亡配偶者の扶養義務は積極的に相続財産の限度において相続人に承継されると解すべきであろう」¹⁷⁶と、相続財産に扶養義務を認めるとする。扶養請求権は、「準親族間の共助義務を援用」¹⁷⁷であろうとし、民法877条2項を類推適用することになるであろうとする。

C-④ 財産分与類推適用説

財産分与類推適用説¹⁷⁸は、婚姻の離婚の際の財産分与は婚姻中に形成された共有財産の清算を中核とし、一方、配偶者相続規定も共有財産の清算が含まれるため、離別解消と死別解消の場合の財産の清算とを区別する合理性は乏しいとし、内縁の死別解消にも民法768条財産分与規定の類推適用を認めるとする。つまり、内縁者双方が協力して形成した財産は、たとえ一方の名義になっていても実質的には内縁者双方の共有財産と解し、内縁者の一方が死亡した場合にはこの共有財産を清算する必要があるため、生存内縁配偶者に相続権が認められない以上、内縁の死別解消に財産分与規定の類推適用を認めるとする。

¹⁷⁴ 仁平・前掲注 (22) 154～157頁。

¹⁷⁵ 仁平・前掲注 (22) 157頁。

¹⁷⁶ 浅井・前掲注 (22) 341頁。

¹⁷⁷ 我妻・前掲注 (1) 209頁。

¹⁷⁸ 青山道夫『改訂家族法論Ⅰ』115頁 (法律文化社、1978年)、同『身分法概論』114頁 (法律文化社、1951年)、久貴忠彦「内縁解消による財産分与」法時35巻11号101頁 (1983年)、二宮・前掲注 (5) 308頁、同「内縁の死亡解消と財産の分配」立命271・272号733頁以下 (2000年)。

しかしながら、この説は以下のような批判がある。すなわち、現行法では婚姻解消の財産の清算は、離婚の場合には民法768条に規定される財産分与で財産の清算をし、死別解消の場合には民法890条に規定される配偶者相続により解決を図るという基本的思想に基づいて構成されている。したがって、婚姻の死別解消の場合に財産分与規定を用いることは予定していない。そのため、内縁の死別解消における財産の清算に財産分与規定の類推適用を認めることは、婚姻の死別解消の場合に、相続とは別の離婚給付である財産分与制度で処理を行う途を開くことになり、現行法体系を崩すおそれがあるという批判がある¹⁷⁹。しかし、この批判に対しては、「財産分与と相続権の二つの制度の体系上の振り分けは、二つの制度が整って初めて問題になる。現行法が予定していないのは、法律上の夫婦の死別解消の場合に財産分与を適用することである。そもそも相続権を否定されている内縁の場合には、二つの制度がないのだから、体系上の問題が起こりようがない。内縁に財産分与の準用を認めるのは、相続権がないことによって生じる不合理な結果を防ぎ、共同生活者の利益を守るための方法としてであって、財産分与を内縁の死亡解消に認めたからといって、当然に法律婚の死亡解消の場合にもこれを認めることにはならない」¹⁸⁰という反論がある。さらに、内縁の死別解消の財産の清算に財産分与規定を類推適用する場合、財産分与義務は、死亡内縁配偶者に発生してこれを相続人が相続することになるのか、あるいは、死亡内縁配偶者の相続人に直接に発生するのが問題となる¹⁸¹。

また、手続きの面では、離婚の場合、財産分与について当事者間の協議が調わないときは、家庭裁判所に協議に代わる処分として家事審判(家審9条1項乙類5号、26条1項)を求めることができるが、その請求は、遺産分割請求についての権利の行使期間には制限がないが財産分与請求についての行使期間には制限があり離婚の時から2年以内に限られる(民768条2項但書)。したがって、内縁の場合も同じ様に家事審判手続において財産分与請求権を行使することにより生存内縁配偶者が簡易迅速な保護を受けることができるが、その行使期間は、死別の時から2年以内となるであろう¹⁸²。

C-⑤ 民法762条2項類推適用・民法250条説

民法762条2項類推適用・民法250条説¹⁸³は、内縁中に内縁者双方が協力して形成された財産が民法762条2項により実質的に内縁者達の共有財産として内縁者双方に帰属することになり民法250条共有規定により共有財産を分割し、財産の清算を図るとする。この説は、内縁中の内縁者双方に内縁者達による共同経営の収益があり、かつ内縁中に内縁者双方が共有で不動産等への資金を負担している等あるいは生計費の負担等があった場合、内縁の財産に対しての共有持分を各自の出資額に応じて認め

¹⁷⁹ 仁平・前掲注(22)156頁、山口純夫「内縁生存配偶者の財産分与請求権」判タ543号134～135頁(1985年)、大津千明・前掲注(172)133～134頁。

¹⁸⁰ 二宮周平「内縁の死亡解消と財産の分配」立命271・272号751頁(2000年)。

¹⁸¹ 大津・前掲注(172)134頁。

¹⁸² 大阪家審平成元年7月31日家月42巻7号45頁。

¹⁸³ 井上哲男「遺産分割における内縁配偶者の地位」判タ688号134頁(1989年)。

るとする見解が多い。しかし、内縁の死別の場合には法律婚における場合とは異なり、生存内縁配偶者に相続権が認められていないため、生存内縁配偶者の協力・寄与を無視するのは相当でないとし、内縁の主婦婚の場合においても内縁者双方が互いに協力し形成したものと評価できる場合には民法762条2項類推適用・民法250条により生存内縁配偶者に2分の1の共有持分を認められるであろうとする見解がある¹⁸⁴。

また、この説によると、生存内縁配偶者は、「家庭に関する事件」（家審17条）として調停前置主義（同18条）に基づいて、まず一般調停（同17条）の申立を家庭裁判所に行うことができるであろう。しかし、一般調停が不調に終われば、生存内縁配偶者は、共有持分権の確認等の訴訟を提起する必要がある¹⁸⁵。

2. 学説の検討

内縁は、婚姻の届出を欠くために婚姻とは認められていないが、その実態は婚姻類似の夫婦共同生活体である。そのため、従来、判例・学説は内縁を婚姻に準ずる関係と捉えて準婚理論により婚姻の効果を類推適用し、内縁の法的保護を図ってきた。つまり、内縁の問題は準婚理論により従来、財産法ではなく家族法により解決が図られてきた。準婚理論による解決を試みるならば、婚姻と内縁の差異をできるだけ設けないことが望ましいと考える。ゆえに、内縁の死別解消の財産の清算に関しても、財産法ではなく家族法で解決することが望ましいと考える。その上で、内縁の死別解消における財産の清算の学説を検討すると、家族法による解決を試みる学説は、扶養請求説、配偶者相続規定類推適用積極説、財産分与規定類推適用説、民法762条2項類推適用・民法250条説があげられる。扶養請求説は、生存内縁配偶者の扶養に関することが目的であり、内縁中に内縁者双方が協力して形成した財産の清算については、どのようになるのか明らかではないため適切ではないと考える。また、配偶者相続規定の類推適用に関して、相続人の明確化・画一化の要請、婚姻の統制等の要請により婚姻の届出をしていない内縁は内縁者の存在が不明確であり、配偶者相続権を認めることはできないとする。したがって配偶者相続規定類推適用積極説も断念せざるをえない。したがって、財産分与規定類推適用説、民法762条2項類推適用・民法250条説を取りあげて検討を試みる。

財産分与類推適用説によると、確かに、民法768条に規定される「財産分与であれば、分与請求者に財産形成につき特別な寄与がなくても、内縁カップルの財産の清算は可能だし、内縁解消後、内縁の妻が要保護状態に陥る場合には、解消後の扶養の権利をも認めることができる。これを死亡解消の場合にも認めれば、最も適切に内縁の妻を保護」し得る¹⁸⁶。しかし、現行法は、夫婦が死別した場合に、生存配偶者が死亡配偶者の相続人に対して財産分与を請求することを予定していなく、また、遺

¹⁸⁴ 井上・前掲注（183）134頁。

¹⁸⁵ 井上・前掲注（183）134頁。

¹⁸⁶ 二宮・前掲注（45）201～202頁。

産分割手続と財産分与手続を同時並行的に行うことも想定していない。したがって、「法律婚の死別解消について財産分与が適用されない以上、内縁の死別解消に財産分与規定を類推適用することは、準婚理論の範囲を逸脱する」¹⁸⁷ことであると考え得る。さらに、内縁の死別解消において、財産分与請求権を認めた場合、「その義務は法定相続人が法定相続分に応じて負担することになる。その場合、財産分与義務はいつ発生するのか、すなわち、死亡した配偶者に一旦発生してこれを相続人が承継するのか、それとも直接相続人に発生するのか…財産分与請求権は、婚姻ないし内縁の相手方に対する対人請求権であり、相手方の死亡前に請求権が発生しないとすれば、その承継すなわち相続は生じない。他方、内縁配偶者の法定相続人というだけで、現実の遺産分割の結果とは全く無関係に、一律に法定相続分に応じた財産分与義務を直接負わせる法的根拠は見いだし難」¹⁸⁸と考え得る。また、内縁の死別解消の財産の清算に財産分与規定を類推適用する場合は、婚姻の要件を内縁に類推し、さらに離婚の要件を死亡解消に類推するという2つの類推適用を行うこととなり、法の解釈が飛躍しているという問題点がある。以上から、本来は離婚に伴う制度であるはずの財産分与の制度を、内縁の死別解消による財産の清算に類推適用することには理論的に無理な面があると考える¹⁸⁹。

さらに、財産分与規定は、本来、「系譜的・沿革的には、離婚配偶者に対する扶養に関する規定として発展してきたものである」¹⁹⁰り、財産分与規定の根拠は離婚後の扶養であるはずである¹⁹¹。つまり、「『離婚に因る財産分与』に関する768条の規定は、系譜的・沿革的には、離婚配偶者（とくに女性）の離婚後における生活保障を意図したものであったと解されている」¹⁹²た。ところが、昭和22年民法改正において、夫婦財産制における法定財産制が別産制になったことによって、妻の家事労働等が考慮されないという不都合が生じ、その不都合を是正するために婚姻中に夫婦が協力して形成した財産は夫婦の実質的な共有財産としその潜在的持分は、婚姻の解消の際に離婚の場合は財産分与規定で、死別の場合は配偶者相続規定で清算することになった¹⁹³。そのため、「わが民法の夫婦財産制では、婚姻中の所得の共有の問題は法定財産制の条文においてではなく、財産分与の条文の中で、婚姻解消後の問題として解決される運命を担わされ」¹⁹⁴ることになり、「新法施行後の実情においてに、財産分与という言葉に禍されてか、離婚後の妻の生活保障がほとんど足りないように見受けられることは遺憾である」¹⁹⁵とする。したがって、財産分与の本質が扶養であることを再認識し、婚姻中に形成した夫婦財産については夫婦財産制の問題として、夫婦財産制の下で解決すべきと考える。

¹⁸⁷ 大津・前掲注(172)134頁。

¹⁸⁸ 大津・前掲注(172)134頁。

¹⁸⁹ 仁平・前掲注(22)147頁。

¹⁹⁰ 太田・前掲注(3)206頁。

¹⁹¹ 水野・前掲注(82)2151頁以下、青山道夫「身分法概論」135頁(法律文化社、1951年)。

¹⁹² 太田武男『家族法の判例と法理』159頁(一粒社、1993年)。

¹⁹³ 最大判昭和36年9月6日民集15巻8号2047頁。

¹⁹⁴ 有地・前掲注(26)702頁。

¹⁹⁵ 青山・前掲注(191)135頁。

また、昭和22年の民法改正において、財産分与規定と同様に配偶者相続規定も夫婦財産の清算を含めるとされたが、「夫婦の一方が死亡した後の他方の財産的地位を保護する問題は、夫婦財産制によって、処理することもできるし、そのような夫婦財産制を採用する国も少なくない。この問題を相続の枠組みで処理する配偶者相続権は、血族相続権ほどには普遍性がない。現行民法は、夫婦財産制の規定を極端すぎるほど切り捨てて、婚姻の死亡解消における夫婦の財産関係の処理を全く相続法の上に委ねに委ねたが、1980年（昭55）の法改正により、この過誤をさらに拡大した」¹⁹⁶とする見解がある。また、「生存配偶者の財産的地位を確立するには、相続にのみを依拠するのは最善の策とはいえないようにおもう。そこで相続をいわず、（イ）配偶者相続権の実質的基礎になっている遺産への寄与を潜在的持分として顕在化すること、（ロ）生存配偶者の実態に即した事後の生活維持に備えて一定額を遺産額から留保・先取りするという生活確保的方策をとることが考えられる」¹⁹⁷とする見解もある。また、大村教授は、配偶者相続規定による財産の清算は、実際には、「現行法下でも、理論上は、夫婦の財産関係の清算（特有財産の引渡しや共有財産の分割）は相続に先行するはず」¹⁹⁸であるとし、婚姻解消時の夫婦財産の清算は夫婦財産制の問題であるとする¹⁹⁹。

その点、民法762条2項類推適用・民法250条説は、内縁中に内縁者双方が協力して形成した財産の清算が財産分与あるいは相続の問題ではなく夫婦財産制の問題として捉える。内縁の財産関係は、民法762条の類推適用が認められている。婚姻の場合と同様に内縁中に当事者がお互いに協力・寄与して形成された財産と評価できる場合には、一方の名義の財産でも民法762条2項の類推適用によりその財産は内縁者双方に帰属することになり、民法250条の共有関係となり清算することになる。したがって、内縁の死別解消の財産の清算に民法762条2項類推適用および民法250条により内縁死別解消による財産の清算が図られることになる。

また、手続の面では、財産分与規定類推適用説での財産の清算は、財産分与について当事者間の協議が調わないとき、当事者は、家庭裁判所に対して協議に代わる処分を請求することができるため（民768条2項）、家庭裁判所に協議に代わる家事審判を求めることができる（家審9条1項乙類5号）。ただし、その請求は、離婚のときから2年の除斥期間が定められているため（民768条2項但書）、内縁の死別解消場合にも、2年の除斥期間が採用されることになるであろう。しかし、「内縁配偶者は遺産分割を申し立てることができないと解されているから、内縁の夫婦の一方の死亡の場合に財産分与の規定の類推適用を肯定したとしても遺産分割手続による解決には自ずから限界がある」とする²⁰⁰。他方、民法762条2項類推適用・民法250条説の財産の清算では、協議が調わないときには、「家庭に

¹⁹⁶ 伊藤昌司『相続法』170頁（有斐閣、2002年）。

¹⁹⁷ 石川・前掲注（101）330頁。

¹⁹⁸ 大村・前掲注（26）164頁。

¹⁹⁹ 大村・前掲注（26）165頁。

²⁰⁰ 孝橋宏「内縁の夫婦の一方の死亡により内縁関係が解消した場合に民法768条の類推適用することの可否」判解平成12年度（上）280頁（2000年）。

関する事件」(家審17条)として一般調停(同17条)の申立を家庭裁判所に行うことになる²⁰¹。したがって、民家庭裁判所での調停によって、内縁当事者の諸事情も考慮することができる点、財産法による清算の手続きが内縁当事者の実情を考慮することがない通常の民事訴訟でなされるのとは大きな違いがあると考えられよう。

Ⅶ おわりに

1. 私見

内縁解消の財産の清算について、離別解消の場合、内縁の財産の清算に民法768条の財産分与規定を類推適用できるとされているが、死別解消の場合には民法890条の配偶者相続規定が類推適用できないとされるため、内縁の死別解消における財産の清算をどのようにして解決すべきか問題があることを提起し(Ⅰ)、この問題の解決に向けて、まず、内縁とは何か、準婚理論とは何かについて検討した(Ⅱ)。次に、婚姻と内縁の夫婦財産関係について、および婚姻と内縁の離別解消の場合・死別解消の場合の財産の清算について、それぞれ検討した。ここでは、夫婦財産制に別産制を採用し夫婦各自の財産の独立を示しながらも、夫婦財産上の形成に家事労働の協力・寄与の評価がなされていない不都合に対して、婚姻中に夫婦が互いに協力し形成した財産については、夫婦財産の実質的共有を認め、婚姻を解消する際に、その潜在的持分は離婚の場合は財産分与規定により、死別の場合は配偶者相続規定により清算されることが確かめられた。さらに、内縁の離別解消の場合は、準婚理論により財産分与規定の類推適用が認められているが、死別解消の場合は、生存内縁配偶者は民法890条にいう「配偶者」にはあたらないため、配偶者相続規定の類推適用は認められないことを確かめた(Ⅲ)。さらに、相続法上の配偶者および内縁者の地位の沿革を検討した結果(Ⅳ)、夫婦財産制において、主婦婚の場合の家事等を考慮しない別産制の実際上の不平等の是正をするため、配偶者相続規定および財産分与規定に夫婦財産の清算が含まれることになったことが理解された。また、生存内縁配偶者の相続権に関しても、相続権に準ずるものを認めるべきか、という点について議論があり、その結果、生存内縁配偶者に相続権を認めることはできないが、遺産の一部を分配する特別縁故者財産分与制度が新設された。しかし、この規定は、相続人不存在の場合に限定された結果、内縁の死別解消の財産の清算にとってあまり有効性のあるものとなっていない。さらに、内縁の死別解消における財産の清算の解決についての主な判例・裁判例を紹介し、配偶者相続規定の類推適用が否定されることから、財産分与規定の類推適用や共有理論によって財産の清算が試みられていることを分析した(Ⅴ)。また、学説では、相続権と戸籍上の婚姻の届出と繋がり深く、内縁の財産の清算に配偶者相続規定の類推適用がいかに難しいかを確認した。しかし、内縁の死別解消による財産の清算に配偶者相続規定の類推適

²⁰¹ 井上・前掲注(183) 134頁。

用が困難であるからといって、内縁の死別解消の財産の清算に何らかの法的な解決を否定しているわけではなく、民法250条共有説、不当利得返還請求説、扶養請求説、財産分与類推適用説、民法762条2項類推適用説等による財産の清算が検討されていることが示された。

一方、現行民法は夫婦の一方が死亡した後の他方の財産的地位を保護する問題について、「夫婦財産制の規定を極端すぎるほど切り捨て」²⁰²、婚姻の死別解消における夫婦の財産関係の処理を全く相続法にのみに委ねることになった。また、離婚の場合の他方の財産的地位を保護する問題についても婚姻中の所得の共有の問題は法定財産制の条文においてではなく、財産分与の条文の中で婚姻解消後の問題として解決されることになった²⁰³。したがって、夫婦財産関係の規定および財産分与規定および配偶者相続規定が密接な繋がりが生じているとするのは、別産制による夫婦財産関係の不均衡が招いた結果であると考ええる。我妻教授は昭和30年の私法学会の翌日に開かれた研究会で「夫の死亡した場合にも実質上妻の所有であったものはその持分の返還として、相続はそれ以外の夫の財産だけについて生ずると考えれば理論的にも解決されるかもしれない」²⁰⁴と述べている。つまり夫婦財産関係の清算は、配偶者相続規定で解決するのではなく夫婦財産制にて解決するのが適切であると考ええる。死別解消であろうと生存中の婚姻の解消である離婚であろうと、夫婦財産の清算は夫婦財産制の規定である民法762条2項で解決するのが妥当ではないかと考える。したがって、内縁の場合も、内縁の財産関係について民法762条2項の類推適用が認められている限り、内縁の死別解消の場合も離別解消の場合も、その財産の清算は婚姻と同様に考えられ得る。ゆえに、内縁の解消による財産の清算は民法762条2項および民法250条により解決するのが適切であると考え、民法762条2項類推適用・民法250条説を支持する。

しかし、このような場合、民法762条2項および民法250条の規定により内縁者の財産の持分は、生存内縁配偶者と死亡内縁配偶者の共有財産となり、さらに、死亡内縁配偶者の持分が死亡内縁配偶者の相続人に相続されるため、生存内縁配偶者の持分はその相続人と共有となる。そのため、その相続人から共有物分割請求をされた場合は、それに応じなければならない²⁰⁵。その共有物が生存内縁配偶者の居住不動産のみの場合、その居住不動産の共有物分割について問題が生じることが考えられる。この点については、今後の検討課題とする。

2. 平成8年「民法の一部を改正する法律案要綱」

ところで、政府は平成6年に法務省民事局参事官室「婚姻制度等に関する民法改正要綱試案」²⁰⁶を、

²⁰² 伊藤・前掲注(196)170頁。

²⁰³ 有地・前掲注(26)702頁。

²⁰⁴ 我妻ほか研究会・前掲注(139)14頁以下。

²⁰⁵ 賃借権の場合は、賃借権を相続した相続人からの立ち退き請求に対して、権利の濫用で認められなかった判例がある。

²⁰⁶ 法務省民事局参事官室「婚姻制度に関する民法改正要綱試案」ジュリ1050号214-218頁(1994年)。

平成8年に法制審議会民法部会「民法の一部を改正する法律案要綱」を公表したが、いまだ立法化の見通しが無い。平成13年に研究者により自主的に編成された民法改正委員会は、平成19年、「民法改正委員会第2次家族法作業部会」を発足し、家族法改正についての検討内容が平成21年に報告された²⁰⁷。その中で、大村教授は夫婦財産制において問題となっている別産制に代わる法定財産制として「後得財産分配制」²⁰⁸を提案している。後得財産分配制とは、「婚姻継続中は別産制としつつ、婚姻解消時には、夫婦が婚姻中に獲得した財産(所得)は夫婦の協力によって獲得されたと考え、その清算(平準化)を図る」²⁰⁹ものであるとする。

大村教授が提案する(以下、「大村案」という)民法762条は、婚姻解消時における財産関係の清算についてのA-7案、かつ固有財産と共有財産についてのA-8案、そして後得財産の分配請求権の譲渡についてのA-9案とがある。

A-7案は、「①婚姻の解消時において、夫婦の一方は、相手方の後得財産(婚姻中に増加させた財産をいう。)と自己の後得財産の差額につき、その2分の1に相当する額の配分を請求することができる。②後得財産の額は、婚姻の成立時及び解消時の固有財産の差額とする。この場合において、各時点で夫婦が各自負担する債務の額をそれぞれ控除する。特有財産にかかる債務及び共有財産にかかる債務はこの限りではない」²¹⁰とする²¹¹。

A-8案は、「①婚姻前財産(夫婦の一方が婚姻前から有する財産をいう。)及び自己名義財産(婚姻中自己の名で得た財産をいう。)は、その固有財産(夫婦の一方が単独で有する財産をいう。)に属する。②婚姻前財産及び自己名義財産のうち無償取得財産(夫婦の一方が第三者から無償で得た財産をいう。)については、他の固有財産と分別して管理されている場合に限り、その特有財産(固有財産のうち後得財産に含まれない財産をいう。)とする。③夫婦は、その契約により、婚姻前財産及び自己名義財産の双方又は自己名義財産のみをその共有財産に属するものと定めうる。④夫婦のいずれに属するか明らかでない財産は、その共有財産に属するものと推定する」²¹²とする。

つまり、婚姻の解消における夫婦財産の清算は、従来のように財産分与や配偶者相続ではなく、夫婦財産の規定で分配することになる。したがって、A-7案は、婚姻解消時における夫婦の財産関係は、離婚であろうと、死別であろうと、夫婦の一方は、相手方の後得財産と自己の後得財産

²⁰⁷ 中田裕康ほか特集「家族法改正—婚姻・親子法を中心に」ジュリ1384号4頁以下(2009年)。

²⁰⁸ 後得財産分配制は、ドイツの法定財産制となっており、フランスでは契約財産の一類型とされているものである(中田裕康ほか特集・前掲注(207)15頁[大村敦志])。

²⁰⁹ 中田裕康ほか特集・前掲注(207)15頁[大村敦志]。

²¹⁰ 中田裕康ほか特集・前掲注(207)14頁[大村敦志]。

²¹¹ 大村案によれば、「後得財産分配制」を導入するとすると、財産分与の清算的側面は民法762条で解決し、財産分与には扶養的な側面が残ることになるとする。また、配偶者相続は、配偶者相続分の検討が必要であり、現状を大きく変えないためには、相続分を減らすことが考えられ、例えば配偶者相続分を3分の1にすることも考えられるとする(中田裕康ほか特集・前掲注(207)20頁[大村敦志])。

²¹² 中田裕康ほか特集・前掲注(207)14頁[大村敦志]。

の差額につき、その2分の1に相当する額の分配請求することができるとする。大村案を内縁の解消の場合にあてはめてみると、法定財産制の規定は内縁にも類推適用されることが認められているため、A-7案も類推適用されると考えられ、内縁の死別解消の場合にも離別解消の場合にも、一つの手続きで統一的に処理できる。そのため、内縁の死別解消による財産の清算についても、A-7案で一応の解決が図れるものになるであろう²¹³。

²¹³ 大村教授は内縁の解消における財産関係について、「婚姻について、まず夫婦関係の清算をし、相続はそれぞれ別に考えるという考え方をとると、それとパラレルに内縁についても、まず財産関係を清算する、その上で相続分がないならないということで考えられるのではないか」と述べている（シンポジウム「家族法改正」私法72号47頁（有斐閣、2010年））。